Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

27. T. 5. der Procurator neben dem Protutor genannt wird, hingegen in D. L. 27, T. 6. ein falsus curator in der Ueberſchrift nicht vorkommt („quod falso tutore auctore gestum esse dicatur"). Den ſtärkſten Beweis hierfür enthält L. 11. pr. D, quod falso tut., wo das 12 und 14jährige Alter desjenigen, für den der falsus tutor handelte, ausdrücklich hervorgehoben wird. — Man kann daher dem Dritten, der unter dem Conſenſus eines Nichtcurators mit einem Minderjährigen contrahirte, die Reſtitution nicht geſtatten, und das Verhältniß bleibt folglich ſo, als wäre überhaupt kein Conſenſus hinzugekommen, nämlich der Minderjährige erwirbt Rechte, ohne ſich verbindlich zu machen. Eben ſo geht gegen den einwilligenden Nichtcurator im Falle des Dolus nicht die actio in factum, ſondern lediglich die actio de dolo.

XIX.

Ueber die Culpa bei der Protutel.

Von

Dr. G. Zimmern, Privatdocent des Rechts an der Univerſität zu Heidelberg.

Die actio furti ſteht bekanntlich jedem zu, welcher ein juriſtiſches Intereſſe hat, daß er nicht beſtohlen werde. Doch wird dabei vorausgeſetzt, daß der Beſtohlene die entwendete Sache wenigſtens mit des Herrn Willen, d. h. in Folge einer vorausgegangenen obligatio, in Händen hatte. Dies ſagt uns Paulus in L. 85. de furtis.

Is, cujus interest non subripi, furti actionem habet, si et rem tenuit domini voluntate, veluti is, cui res locata est. Is autem, qui sua voluntate, vel

etiam pro tutore negotia gerit, item tutor vel curator, ob rem sua culpa [1]) subreptam, non habet furti actionem.

Darum iſt aber ein ſolcher Geſchäftsführer, welcher doch auf der andern Seite für den durch ſeine Nachläſſigkeit [2]) verſchuldeten Diebſtahl einſtehn ſoll, nicht der Hülfe gegen den Dieb beraubt, indem er dem Eigenthümer nur unter der Bedingung verantwortlich iſt, daß dieſer ihm ſeine actio furti cedirt. Dafür zeugt gleichfalls eine Stelle von Paulus in L. 53. §. 3. D. eod.

Qui alienis negotiis gerendis se obtulit, actionem furti non habet, licet culpa ejus res perierit; sed actione negotiorum gestorum ita damnandus est, si dominus actione ei cedat. Eadem sunt in eo qui pro tutore negotia gerit: vel in eo tutore, qui diligentiam praestare debeat, veluti qui ex pluribus tutoribus testamento datis, oblata satisdatione solus administrationem suscepit.

Dieſe Stelle beweiſt aber auch ferner, daß der negotiorum gestor, ſo wie der darin gedachte Protutor und Tutor, wenn der dominus negotiorum ſeinerſeits cediren will, auch ohne weiteres haften müſſen, ſobald ſie die zu verwaltende Sache culpoſer Weiſe haben ſtehen laſſen. Eine geringe Culpa iſt hinlänglich, und zwar ſchon eine ſogenannte culpa in abstracto, d. h. der Gegenbeweis einer gleich großen Nachläſſigkeit in eigenen Angelegenheiten iſt unzuläſſig. Dies ergiebt ſich namentlich für den in unſerem Fragmente erwähnten Protu-

1) Die Worte „sua culpa“ fehlen in einigen Handſchriften, vrgl. Haſſe die Culpa des R. Rs. S. 419. Note.

2) Dieſe wird noch dazu immer präſumirt, Haſſe, S. 543, 535, wenn man auch nicht gerade mit Löhr den Gegenbeweis der Unſchuld verſagen darf.

tor daraus, daß überhaupt keinem, denn die Geſetze erlittenen Diebſtahls wegen, wie hier, ſchon verantwortlich machen, jene Entſchuldigung zuſteht [3]), und daß zweitens der gedachte Protutor ſowohl dem negotiorum gestor, als demjenigen Tutor, welcher ausnahmsweiſe für diligentia, d. h. für culpa in abstr. einſteht, völlig gleichgeſtellt iſt [4]). — Allein dieſem Reſultate ſcheint Pomponius zu widerſprechen in

L. 4. D. de eo qui pro tutore.

Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestaret.

Der Tutor aber präſtirt aus gemachter Weiſe in der Regel nur dilig. in concreto [5]). Mir ſind nur zwei Verſuche bekannt, dieſe Schwierigkeit zu löſen. Der eine geht dahin, das „qui pro tutore negotia gerit“ in L. 53. §. 3. cit. wörtlich zu erklären, von demjenigen, welcher für den Tutor, mithin als deſſen negotiorum gestor handelt [6]), wodurch das Reſultat entſteht, daß der eigentliche Protutor immer nur für dilig. in concr. haftet. Was gegen dieſes Reſultat einzuwenden wäre, wird ſich nachher ergeben. Die Erklärung ſelbſt aber ſteht nicht nur dem bekannten techniſchen Sprachgebrauche des „pro tutore negotia gerere“ entgegen, ſondern würde auch der Stelle einen kaum erträglichen Sinn geben, wonach Paulus dasjenige, was er vom negot. gestor ſchon geſagt hatte, nun ohne allen Grund noch einmal für den-

---

4) Löhr Beitr. zur Th. der Culpa, S. 163 folg. mit Haſſe Cap. 10.

4) Es wird auch grade dieſe Stelle dazu benutzt, um für die darin genannten Perſonen eine dilig. in abstr. zu beweiſen, Löhr Theorie der Culpa, S. 174.

5) L. 1. pr. D. de tut. et rat. distr. Haſſe §. 71 — 75.

6) Löhr Theorie, S. 169. Note 3.

jenigen wiederholte, welcher insbeſondere als negot. gestor eines Tutors auftritt. Die zweite Interpretation wendet ſich zu L. 4. cit. eandem diligentiam erklärend durch „non minorem diligentiam“ [7]), hat alſo gar den grammatiſchen Sprachgebrauch gegen ſich. Haſſe hat dieſen Punct unerörtert gelaſſen. Meine Anſicht aber iſt dieſe. L. 4 ſagt: „Vom Protutor verlangt man dieſelbe Sorgfalt, wie man ſie vom Tutor verlangen würde.“ — Was fordert man aber von dieſem? Wenn er thut, was ſeines Amtes iſt: dilig. in concr.; wenn er ſich freiwillig zu noch Mehrerem erbietet: dilig. in abstr. [8]). Eben ſo verhält es ſich mit dem Protutor. Meint er, er ſey Tutor, ſo kann ihm auch keine größere Verantwortlichkeit, als dieſem, obliegen; wie ſollte er ſich auch in noch höherem Maaße anſtrengen, als wozu er ſich verpflichtet glaubt? Gibt er ſich aber wider beſſeres Wiſſen für einen Tutor aus, ſo haftet er, wie auch ſogar ein Tutor haften würde, der freiwillig mehr thut, als ſeine Pflicht gebietet, d. h. für dilig. in abstr. — Dieſem letzteren Protutor kann auf keinen Fall eine geringere Verantwortlichkeit obliegen, als ſelbſt dem negotiorum gestor, der ſich noch dazu in guter Abſicht offerirt, und L. 4 — ſo verſtanden, daß jeder Protutor für dilig. in concr. einſteht — würde, auch abgeſehen von L. 53. §. 3. cit., aller juriſtiſchen Analogie ſowohl, als der bekannten Regel widerſprechen, „daß, wer ſich aufdrängt, für die äußerſte Schuld hafte.“ Wer aber ein Tutor zu ſeyn vermeint, gehört gar nicht in die Claſſe der ſich Offerirenden, und kann nicht einmal dem negot. gestor gleich geſtellt werden, welcher, wenn auch in guter Abſicht, doch mit dem Bewußtſeyn handelt, daß er nicht dazu verpflichtet ſey, während dieſer Protutor ſich zu ſeiner Thätigkeit ver-

---

7) Pufendorf de culpa, Lemgov. 1741 P. 5. c. 3. §. 18. p. 313.

8) L. 53. §. 3. cit. Haſſe a. a. O. beſ. S. 339.

bunden wähnt, mithin unter die andere Rechtsregel fällt: „factiſcher Irrthum ſchadet nicht. — Daß endlich unſre L. 53. §. 3. cit. nur von dem Protutor redet, welcher ſich offerirt, läßt ſich leicht zeigen. Sie ſpricht ja überhaupt nur von denen, welche ſich anbieten, und nennt nach dem negot gestor dieſen Protutor, und dann wieder denjenigen Tutor, welcher ebenfalls in jene Categorie gehört. —

Und ſo wäre das gewonnene Reſultat nicht nur den Geſetzen, welche ſpeciell dieſen Punkt erwähnen, ſondern auch, was erfreulicher iſt, den anderwärts bekannten und hier eingreifenden Grundbegriffen der Römer vollkommen entſprechend.

XX.

Ueber den Einfluß des Provocationsproceſſes auf das Recht des Provocaten, in der Folge die Klage zu ändern.

Von Mittermaier.

Im Jahre 1816 wurde von den Erben des Freiherrn von M. ein Provocationsgeſuch gegen die Freiherrn von R. wegen Erbſchaftsanſprüchen bei dem Stadtgerichte N. eingereicht. Nach mehreren Verhandlungen erfolgte am 30. März 1817 der richterliche Ausſpruch, daß R. bei Strafe des ewigen Stillſchweigens mit ſeinen Erbanſprüchen klagend gegen die Erben von M. aufzutreten habe. Am 28. Apr. 1817 überreichte auch der Anwald des R. ſeine Klagſchrift, worüber die Verhandlungen bis zum Juni 1817 dauerten. Am 30. Mai 1817 erklärte der Anwald des R. „daß er die bisherige Klage fallen laſſen, und eine Klageänderung vornehmen wolle.“ Dieſer Erklärung war jedoch die neue Klag-